

La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución

Pablo Pérez Tremps
Catedrático de Derecho Constitucional

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—III. LA CASACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD.—IV. LA CONVIVENCIA ENTRE RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONCENTRADA.—V. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN O LA DETERMINACIÓN DE LA VERDADERA CASACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO

El estudio de la relación entre Constitución y casación suscita múltiples problemas jurídicos de muy distinta naturaleza, tanto de orden procesal como material, y con particularidades según se centre en un orden jurisdiccional u otro. Esos problemas son mayores aún en un ordenamiento como el español en el que no existe una clara configuración de qué es la casación; baste con señalar que las últimas reformas procesales se caracterizan por diseñar los recursos de casación de manera plural; así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regula un recurso de casación (arts. 86 y ss.), una casación para la unificación de doctrina (arts. 96 y ss.) y una casación en interés de la ley (arts. 100 y ss.); por su parte, la Ley de Procedimiento Laboral distingue entre casación (arts. 203 y ss.) y casación para la unificación de doctrina (arts. 216 y ss.). Dada la complejidad, pues, de esa relación entre Constitución y casación, esta exposición va a centrarse en uno

de los múltiples problemas que se plantean al respecto, en concreto, en la relación entre la aceptación de la infracción de la Constitución como motivo de casación y la definición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución que hace el artículo 1.1 de su Ley Orgánica.

Para ello se va a partir de un concepto material de casación, aquél que la concibe como recurso último dentro del ordenamiento cuya finalidad (si no única sí la más importante), como ha puesto de manifiesto la doctrina¹, es unificar la interpretación de las normas jurídicas, haciendo del tribunal supremo que entienda de ese recurso precisamente eso, un Tribunal Supremo. Lo que sucede es que allí donde existe un sistema de justicia constitucional concentrada, como es España, junto al Tribunal Supremo² existe otro tribunal, el Tribunal Constitucional, que es también supremo, tal y como se deduce, *a contrario*, del artículo 123.1 de la Constitución, que define al Tribunal Supremo como «superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Como es bien conocido, esta doble «supremacía» o «superioridad» ha dado lugar a algunos problemas, y sigue dándolos. Uno de esos problemas, el de mayor dimensión pública, fue la famosa «rebelión» de la Sala Iª del Tribunal Supremo, consistente en amenazar con dirigirse al Jefe del Estado para protestar por lo que se consideraba como una invasión del Tribunal Constitucional en el ámbito de actuación del Tribunal Supremo³, y que, tras reencauzarla por vías más propias de un sistema político como es la Monarquía Parlamentaria, dio lugar al Discurso de Apertura de los Tribunales del año judicial 1994/5⁴, y a respuestas procedentes del Tribunal Constitucional o de sus aledaños formuladas en el seno del seminario organizado por el propio Tribunal Constitucional⁵. El problema, no obstante, estaba ya presente en el trabajo del Tribunal Constitucional desde sus inicios, como pone de manifiesto el temprano Voto Particular formulado en relación con el alcance del derecho a la presunción de inocencia a la STC 31/1981 por el entonces Magistrado Sr. Escudero del Corral, quien significativamente había sido con anterioridad Presidente del Tribunal Supremo.

Hechas las anteriores aclaraciones, la exposición que sigue quiere centrarse en dos ideas principales. La primera idea es que el recurso de casación

¹ La naturaleza de la casación es uno de los temas tradicionales de los que se ha ocupado la doctrina procesalista; véase al respecto el clásico trabajo de P. CALAMANDREI, *La Casación Civil*, Edt. Bibliográfica, Buenos Aires 1945.

² Esta naturaleza unificadora del recurso de casación ha sido puesta de manifiesto de manera reiterada por el Tribunal Constitucional; véanse, por ejemplo, las SSTC 230 y 246/1993.

³ Una defensa de esa atípica «rebelión» puede verse en J. L. MANZANARES, «La delimitación de competencia entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional», en G. Ruiz-Rico (Edt.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 65.

⁴ P. SALA SÁNCHEZ, *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los Derechos Fundamentales*, Madrid 1994.

⁵ Las actas de ese seminario se encuentran publicadas con el título, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995.

por infracción de Constitución no es la casación, y la segunda consiste en la afirmación de que la auténtica casación por infracción de Constitución no existe, o sólo existe parcialmente y con imperfecciones en el recurso de amparo. Antes, no obstante, merece la pena realizar un breve recorrido histórico para ver cómo se ha llegado a afirmar la validez de la infracción de la Constitución como motivo de casación.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Resulta ya un tópico recordar la posición metajurídica que la Constitución ocupa en nuestro primer Constitucionalismo, deudor en este como en otros muchos aspectos del constitucionalismo francés; y esa posición metajurídica, tras las primeras dudas existentes en la Constitución de Cádiz ⁶, se tradujo, por lo que ahora respecta, en una carencia casi total de aplicación judicial de la Constitución hasta la introducción de la justicia constitucional, primero bajo el modelo del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República, y después bajo el modelo del actual Tribunal Constitucional ⁷. Por lo significativa que resulta, merece la pena traer a colación la reflexión que hacía Figueras, el 6 de abril de 1869, al discutir la Constitución de ese año: «*Toda vez que el poder judicial no puede desobedecer, según vosotros, las leyes que sean atentatorias a la Constitución y a los derechos; toda vez que no puede negarse a aplicarla, ¿dónde está la garantía de los ciudadanos? ¿Dónde está la garantía de los derechos individuales...?*». No obstante, tal y como ha sacado a la luz J. M. ROMERO ⁸, a partir de 1870 comienza a citarse ante los tribunales la Constitución como norma infringida, especialmente en el ámbito penal. Esta invocación, en todo caso, se utiliza, sobre todo, a efectos interpretativos y a mayor abundamiento, de forma que no aparece como motivo de la estimación del recurso de casación la infracción de un precepto constitucional aisladamente considerado. Y ello coincide con un cierto reforzamiento de la idea de Constitución presente en la Constitución de 1869, y que se proyecta en las reformas procesales de 1868 y, sobre todo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Durante la Restauración, aunque sigue la práctica de citar la Constitución, se excluye expresamente la posibilidad de fundar un recurso de casación sólo en la infracción de un precepto constitucional (STS 20 de abril de 1885) ⁹.

⁶ Véase al respecto, por ejemplo, M. LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

⁷ Una visión global del tema puede verse en P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, págs. 59 y ss.

⁸ *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, págs. 425 y ss.

⁹ *Ibidem*, págs. 426-427.

Por su parte, durante la corta vida de la Segunda República, los tribunales ordinarios y, en particular el Tribunal Supremo, siguen haciendo gala de una «conciencia constitucional» similar a la de los años anteriores, aunque empezaron a abrirse vías de mayor eficacia constitucional; por lo que ahora importa, no faltaron recursos, tanto en el ámbito penal como contencioso-administrativo, basados exclusivamente en la infracción de preceptos constitucionales, recursos que, aunque no fueron inadmitidos, tampoco prosperaron, excepción hecha de la declaración de «ilegalidad» de un arbitrio de la Diputación de Álava basada exclusivamente en la infracción de preceptos de la Constitución (STS -Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 17 de noviembre de 1935) ¹⁰.

Dejando al margen el período franquista, durante el que la falta de Constitución exime de cualquier comentario, es lo cierto que la entrada en vigor de la Constitución vigente modificó radicalmente la tradición histórica en este punto. Es de sobra conocido que la Constitución tiene como uno de sus elementos distintivos la afirmación de su voluntad normativa, tal y como ponen de manifiesto los artículos 9.1 y 53.1, así como la Disposición Derogatoria ¹¹. Esta voluntad normativa de la Constitución fue tempranamente asumida por la doctrina. Por lo que respecta a los jueces y tribunales, una parte de éstos también comprendió desde un comienzo este cambio, y extrajo las consecuencias procesales que de él derivaban; otra parte, sin embargo, fue más renuente y le costó más aceptar el valor normativo de la Constitución, resultando decisivo en este punto la tarea directiva del Tribunal Constitucional. Entre las decisiones que tempranamente asumieron el valor normativo de la Constitución hay que citar las Sentencias de la vieja Sala IV^a, de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de julio de 1979, relativas a la inscripción en el Registro de Asociaciones de organizaciones masónicas, que confirmaron la previa Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979. Entre las segundas, las que con mayor dificultad asumieron la eficacia normativa de la Constitución, cabe recordar aquellas que siguieron afirmando que los preceptos constitucionales, incluidos los que reconocían derechos fundamentales, eran meras declaraciones de principios (STS -Sala I^a- de 8 de abril de 1982, por ejemplo) ¹². No deja de ser indicativo de la falta de conciencia constitucional el que, cuando comienza a afirmarse la fuerza vinculante de la Constitución, ésta se fundamenta, a menudo, no en su valor normativo sino en la «realidad so-

¹⁰ P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., pág. 86.

¹¹ A este respecto resulta ya tópica la cita del trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en la obra por él codirigida con A. PREDIERI, *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid 1980, págs. 91 y ss.

¹² Este ejemplo es especialmente significativo porque tuvo como contrapunto la STC 80/1982, que anuló la del Tribunal Supremo; véase al respecto F. TOMÁS Y VALIENTE, «Poder Judicial y Tribunal Constitucional», en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, págs. 75-76.

cial del tiempo» a la que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil como criterio de interpretación ¹³.

Es verdad que la asimilación del valor normativo de la Constitución fue más costoso en unos ámbitos que en otros, de forma que los órdenes jurisdiccionales ubicados tradicionalmente en el ámbito jurídico-público (penal y sobre todo contencioso-administrativo) fueron más rápidamente receptivos que los de formación más iusprivatista (social y, en especial, civil). En todo caso, durante la década de los años 80 se generaliza la aplicación judicial de la Constitución, transformándose en este punto la tradicional cultura jurídica española.

III. LA CASACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD

El hecho de que se haya consolidado entre jueces y tribunales el principio del valor normativo de la Constitución no significa que no se hayan planteado problemas técnicos en torno a su eficacia normativa, algunos de los cuales tienen una clara incidencia en el campo de la casación. Así, por ejemplo, durante algunos años se suscitó la cuestión de cuál era el cauce adecuado de invocación en casación de la presunción de inocencia y de la indefensión en materia penal, si el quebrantamiento de forma del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ¹⁴ o si se trataba de un vicio sustantivo invocable a través del cauce procesal del apdo. 1 del artículo 849 del mismo cuerpo legal, cuestión que ya se planteaba, sin cerrarla, la STC 56/1982 ¹⁵.

Otra de las cuestiones que suscitó la posibilidad de fundar un recurso de casación en infracción de la Constitución proviene precisamente del propio reconocimiento legal de dicha posibilidad en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que se planteó la duda sobre si dicha previsión estaba introduciendo un nuevo motivo de casación distinto de los previstos en las correspondientes leyes procesales. A este respecto hay que comenzar recordando que la consideración de la infracción de la Norma Fundamental como motivo de casación es anterior a la aprobación de dicho precepto; en efecto, a esa posibilidad se refirieron decisiones tanto del Tribunal Constitucional (STC 56/1982, por ejemplo), como del Tribunal Supremo (SSTS -Sala II^a- de 25 de abril y de 10 de junio de 1983, de 21 y 26 de mayo de 1984, o de 2 de abril de 1985, todas ellas recordadas por STC 185/1988). La cuestión, en principio intrascendente, tuvo sin embargo un

¹³ Véase P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., pág. 201.

¹⁴ Véase, por ejemplo, F. DÍAZ PALOS, «Constitución y casación penal», *La Ley* 2, 1983, págs. 1236 y ss.

¹⁵ Véase, por ejemplo, E. BACIGALUPO: «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal», *Estudios de Jurisprudencia* n° 1, 1992, págs. 47 y ss.

efecto concreto por cuanto la comprensión del artículo 5.4 de la LOPJ como motivo específico de casación llevaba a suscitar problemas desde la perspectiva del principio de unidad de alegaciones entre escrito de preparación y de interposición, lo que hizo que el Tribunal Supremo, a menudo, inadmitiera recursos de casación por no citar como motivo de casación en el escrito de preparación el artículo 5.4 de la LOPJ; a su vez, el Tribunal Constitucional concluyó que esa falta de cita concreta se trataba de una cuestión sin trascendencia para la preparación del recurso por tribunal *a quo*, constituyendo un rigorismo enervante (STC 185/1988 o 98/1991, por ejemplo ¹⁶).

Un tercer problema digno de destacarse es el relativo al efecto indirecto que la casación por infracción de la Constitución puede tener a la vista del reparto de competencia entre Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia llevado a cabo por los artículos 5.4 y 73.1 de la LOPJ. La atribución al Tribunal Supremo de la competencia para conocer de los recursos de casación en que se denuncie una violación de la Constitución resulta plenamente coherente con la función de unificación de la doctrina por parte de aquél; pero, a su vez, dado el carácter abstracto de muchos preceptos constitucionales y la posición de la Norma Suprema en el ordenamiento, abre la puerta a intentar romper esa distribución competencial en la medida en que puede conducir a que se «constitucionalicen» infracciones del ordenamiento con el objetivo de que quien conozca del correspondiente recurso sea el Tribunal Supremo ¹⁷.

Pero la Constitución ha influido en el recurso de casación desde otra perspectiva; en efecto, dejando al margen la cuestión del papel de la Constitución como norma en la que fundar la casación, las propias previsiones constitucionales de tipo procesal, en especial las del artículo 24, han conducido a revisar alguna de las tradicionales «prácticas casacionales»; piénsese, por poner sólo dos ejemplos, en la doctrina que ha considerado contrario a la Constitución el ya citado principio de unidad de alegaciones por resultar excesivamente formalista y riguroso (SSTC 57/1986 y 185/1988), o, entre las cuestiones más recientes, la relativa a la inadmisión de recursos de casación para la unificación de doctrina en el ámbito contencioso-administrativo por falta de aportación de las sentencias contradictorias (SSTC 162 y 192/1998).

En esta misma línea de incidencia del artículo 24 de la Constitución sobre el recurso de casación debe citarse, también, la cuestión de la suficiencia o no del recurso de casación penal para satisfacer la exigencia del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de una instancia revisora

¹⁶ Parte de los datos aquí reflejados proceden del trabajo inédito de M^a A. CATALINA BENAVENTE, *El recurso de casación penal por vulneración de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid 1997; agradezco a la autora que me facilitara el citado trabajo.

¹⁷ Véase en este sentido, por ejemplo, I. DE OTTO, «Organización de Poder Judicial y Comunidades Autónomas», *Documentación Jurídica* n^o 45/46, 1985, págs. 70 y ss.

de las decisiones condenatorias, exigencia que el Tribunal Constitucional ha considerado integrada en el artículo 24 de la Constitución ¹⁸.

Recapitulando, pues, la relación entre casación y Constitución actualmente puede resumirse en dos afirmaciones:

1.º Hoy se acepta pacíficamente que la infracción de la Constitución es motivo de casación tanto por el legislador (art. 5.4 de la LOPJ) como por las doctrinas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y basta echar un vistazo a cualquiera de los repertorios existentes sobre jurisprudencia del Tribunal Supremo para comprobar que se trata de una aceptación no sólo teórica, sino con una clara proyección práctica, congruente con la concepción de la Constitución como «norma del ordenamiento jurídico» (expresión modificada significadamente en la LEC —art. 1692—).

2.º La Constitución ha traído consigo una modificación del recurso de casación, especialmente en la medida en que ha impuesto una flexibilización de los excesivos rigores formales que presidían su regulación legal y su práctica procesal.

Hechas las anteriores consideraciones, a continuación van a analizarse los problemas que suscita la convivencia entre una casación por infracción de la Constitución residenciable ante el Tribunal Supremo con la existencia de un Tribunal Constitucional, dejando, pues, para otros trabajos los problemas procesales prácticos que puede plantear la casación por infracción de la Constitución desde la perspectiva estricta de dicho recurso y de su resolución por el Tribunal Supremo.

IV. LA CONVIVENCIA ENTRE RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONCENTRADA

En la actualidad, pues, en el ordenamiento español el recurso de casación convive con los instrumentos procesales constitucionales, singularmente, aunque no sólo, el recurso de amparo, instrumentos procesales que tienen como una de sus funciones interpretar la Constitución; en la medida en que una de las funciones de la casación es también unificar la interpretación del ordenamiento, en el que, como es obvio, se incluye la Constitución, nos encontramos con una duplicidad de mecanismos de interpretación de la Norma Fundamental; ello contrasta con lo que sucede con otros ordenamientos que poseen un tribunal constitucional, singularmente con Italia, donde, por decirlo de forma resumida, el papel «casacional» de la Constitución no existe o es apreciablemente menor ¹⁹; pero, incluso respecto de otros ordenamien-

¹⁸ Véanse al respecto, entre otras, las SSTC 42/1982, 61/1983, 57/1986, 37/1988 y el Voto Particular a ella formulado, o la STC 20/1989.

¹⁹ Véase a este respecto el trabajo de R. ROMBOLI, publicado en este mismo número.

tos con sistemas de justicia constitucional concentrada donde la Constitución sí tiene un cierto juego «casacional», el modelo español es especialmente conflictivo dado el alcance que la Norma Fundamental está teniendo como motivo de casación. A continuación van a tratar de analizarse las causas más importantes, probablemente no las únicas, de esta relativa particularidad.

Un primer elemento, ya apuntado, de naturaleza técnica, que explica en el ordenamiento jurídico español, como en otros, la particular posición de la Constitución en relación con la casación es la existencia de un sistema de justicia constitucional concentrada en el que, además, existe un recurso como el recurso de amparo, que permite tutelar situaciones subjetivas directamente ante el Tribunal Constitucional. La existencia del recurso de amparo como instrumento de protección de derechos fundamentales de naturaleza subsidiaria tiene, entre otros efectos, el de hacer que las cuestiones que se solventen ante los jueces y tribunales ordinarios se reconduzcan o conecten siempre a un problema de derechos fundamentales con el fin cautelar de dejar siempre abierta una vía adicional en el recurso de amparo. La necesidad de invocar la lesión del derecho fundamental tan pronto como se produce (art. 44.1.c de la LOTC)²⁰, hace, pues, que cualquier infracción del ordenamiento se «vista de inconstitucionalidad» a los efectos de tener abierta la vía del recurso de amparo; y obsérvese que esa «vestimenta», aunque en ocasiones pueda ser muy forzada, es a menudo posible dada la posición de norma suprema que la Constitución tiene irradiando a todo el ordenamiento, sin que, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado²¹, la diferencia entre legalidad ordinaria y constitucionalidad sea, a menudo, fácil de trazar. A lo anterior se une que la propia lógica de la subsidiariedad exija como vía previa a agotar el recurso de casación en aquellos casos en que existe dicho recurso²², en todos los órdenes jurisdiccionales y siempre que la casación sea cauce hábil para reparar la lesión; con ello, la «constitucionalización» material de la casación resulta mucho más evidente ya que esa hipotética vía adicional para hacer valer las pretensiones que es el recurso de amparo exige, siempre que ello es posible, interponer el recurso de casación.

Pero hay, también, un segundo motivo, menos técnico y de carácter más político-jurídico, que, posiblemente, ayude a explicar ese fenómeno de la «constitucionalización material de la casación»: la avidez de Constitución.

²⁰ Obsérvese que aunque este requisito no se establece expresamente en los recursos de amparo del art. 43 de la LOTC, la doctrina del Tribunal Constitucional lo ha exigido de forma incuestionada partiendo del carácter subsidiario del amparo, extendiéndolo, incluso, a los casos del art. 42 de la LOTC en que cabe impugnar actos o decisiones parlamentarias ante los tribunales ordinarios por tratarse de cuestiones de personal o de administración (arts. 58 y 74 de la LOPJ).

²¹ Sobre esta cuestión puede verse más en extenso P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., págs. 116 y ss.

²² Así lo ha señalado de forma reiterada el Tribunal Constitucional ya desde la STC 56/1982.

En efecto, la «sequía» constitucional que supuso el franquismo, la tradición constitucional decimonónica a la que ya se ha hecho referencia, que concebía la norma fundamental como una realidad metajurídica, y el miedo a que todo ello hiciera perpetuar una concepción jurídicamente débil de la Constitución de 1978, hizo, como ya se ha adelantado, que su proclamación y entrada en vigor fuera acompañada de un empeño doctrinal por afirmar esa normatividad jurídica, lo que pasaba, entre otras cosas, por proyectar la Constitución sobre el resto del ordenamiento «constitucionalizándolo», esto es, impregnando de conceptos constitucionales la legalidad ordinaria. Como también se adelantó, a esta tarea se unió desde sus inicios, y con una clara decisión, el propio Tribunal Constitucional, no tanto por atraer hacia sí más asuntos, como por hacer realidad los valores constitucionales. También el legislador se hizo eco de ese deseo de «constitucionalizar» el ordenamiento, como pone de manifiesto, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, singularmente en su Exposición de Motivos y, ya en su articulado, los artículos 5 a 7.

Ahora bien, este proceso de «constitucionalización del ordenamiento», necesario, como ya se ha visto, desde el punto de vista de la política jurídica, tiene un cierto efecto de «desestructuración» de ese mismo ordenamiento desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho. En efecto, la voluntad de la Constitución de irradiar todo el ordenamiento hace que Constitución, ley y otras fuentes posean fronteras muy imprecisas, lo que contrasta con la tradicional descripción del ordenamiento como realidad sistemática y escalonada que hiciera KELSEN en su *Teoría Pura del Derecho*. Y, de nuevo, y como ya se ha apuntado, la existencia del recurso de amparo, allí donde existe, contribuye de alguna forma a esa «desestructuración» por cuanto el juicio de constitucionalidad se proyecta sobre reglamentos y actos jurídicos singulares, saltando por encima de la ley; esa desestructuración creo que estaba detrás de la ya famosa reivindicación que hiciera P. CRUZ VILLALÓN cuando propugnaba «más amparo contra ley, menos amparo contra jueces»²³.

V. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN O LA DETERMINACIÓN DE LA VERDADERA CASACIÓN

Como ya se ha apuntado, la convivencia de un recurso de casación con el amparo supone la existencia de conflictos teóricos de delimitación entre ambas instancias procesales y entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, conflictos teóricos que, como también se ha visto, han tenido incluso alguna traducción práctica. Un intento de delimitación entre ambas

²³ «El recurso de amparo constitucional (I. El juez y el Legislador)», en VV.AA., *Los procesos constitucionales*, Madrid 1992, pág. 117.

instancias procesales exige partir de una serie de reglas deducibles del diseño constitucional de protección, garantía e interpretación de la Norma Fundamental, que pueden resumirse de la siguiente forma.

La regla: el órgano de casación de la Constitución es el Tribunal Constitucional. Desde el punto de vista teórico, la resolución de los conflictos entre Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios debe partir de la idea de que no existe una casación de la Constitución propiamente dicha ante los tribunales ordinarios, singularmente, ante el Tribunal Supremo. Esta idea está expresivamente puesta de manifiesto por la frase que hiciera fortuna de RUBIO LLORENTE cuando tituló un artículo suyo «Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero»²⁴. Y ello porque, concebida la casación como el instrumento procesal que permite al órgano jurisdiccional superior cumplir la doble función nomofiláctica y unificadora a la que se refiriera CALAMADREI, en un sistema de justicia constitucional concentrado esa tarea de interpretación corresponde al Tribunal Constitucional. El ordenamiento es coherente en este punto; la Constitución configura al Tribunal Constitucional como «órgano superior» en relación con las garantías constitucionales, tal y como se deduce *a contrario* del artículo 123.1 de la Constitución; el artículo 1.1 de la LOTC, por su parte, califica al Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución». Por su parte, el artículo 5.1 LOPJ confirma esa supremacía por cuanto ordena a jueces y tribunales interpretar y aplicar «las leyes y reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»²⁵.

La insuficiencia de la regla: desde el punto de vista práctico, la supremacía del Tribunal Constitucional sólo está asegurada en materia de derechos fundamentales por el recurso de amparo. Ahora bien, lo que es teóricamente claro, no lo resulta tanto desde el punto de vista práctico como consecuencia del sistema de recursos existentes. En efecto, en Derecho, la forma de garantizar la unidad interpretativa no es otra que la de la revisión de las decisiones por el órgano superior, revisión que se realiza a través de los recursos ordinarios o extraordinarios, en especial del recurso de casación. Y, como es sabido, la articulación entre jurisdicción ordinaria y constitucional no se realiza a través de recursos, salvo en materia de derechos fundamentales, dejando esa articulación en las vías de cooperación e impulso que implican la forma de designación del Tribunal Constitucional y la posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad²⁶.

²⁴ Publicado en *El País*, 9 de febrero de 1994.

²⁵ Algunos sectores critican este precepto al entender que se extienden los efectos más allá de lo querido por la Constitución y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; véase al respecto, por ejemplo, J. SANTOS VIJANDE, «Doctrina' y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios», en la obra por él codirigida con R. PUNSET, *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1996, págs. 152 y ss.

²⁶ Véase a este respecto P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., págs. 223 y ss.

Consecuentemente con lo anterior, tal y como se apuntaba previamente, la articulación entre Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios tiene su más acabado diseño en relación con los derechos fundamentales por cuanto el recurso de amparo, con independencia de cuál sea su naturaleza procesal, tiene un efecto revisor, en unos casos más al estilo de nueva instancia (art. 43 LOTC) ²⁷ y en otros al estilo casacional (art. 44 LOTC). Su carácter subsidiario respecto de la actuación de los jueces y tribunales ordinarios asegura que el recurso de amparo permita revisar las decisiones de aquéllos y, por tanto, su doctrina en materia de derechos fundamentales, siendo por ello por lo que es precisamente en este campo en el que surgen conflictos más claros entre jurisdicción constitucional y ordinaria. En definitiva, puede afirmarse que en materia de derechos fundamentales el auténtico tribunal supremo es el Tribunal Constitucional, y el instrumento «casacional» el recurso de amparo.

La regla tiene límites: la posición «casacional» del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales es incompleta. Ahora bien, ese efecto revisor que hace del amparo la «casación» en materia de derechos fundamentales tiene algún límite. En efecto, el recurso de amparo está diseñado procesalmente pensando más que en ser un instrumento de interpretación constitucional en convertirse en una garantía de los derechos y libertades, como demuestra que, excepción hecha quizá de la legitimación del Ministerio Fiscal, el recurso sólo es posible interponerlo para garantizar el derecho, y no para asegurar la adecuación del acto o resolución recurrida a una correcta interpretación de la Constitución; ello ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional al rechazar lo que se ha dado en llamar el «contramparo» ²⁸ o la legitimación para defender derechos de terceros (STC 231/1998, por ejemplo). Este límite tiene su razón de ser en el afán garantista de los derechos fundamentales con el que se aprobó la Constitución, por más que en la actualidad la existencia de un sistema de protección de los derechos fundamentales puesto en manos del juez ordinario, «juez natural de los derechos fundamentales», pudiera aconsejar que la función del amparo fuera más netamente interpretativa, esto es «casacional», reforzando lo que se conoce como la dimensión «objetiva» del amparo. En todo caso, es verdad que el recurso de amparo, antes o después, permite siempre al Tribunal Constitucional cumplir su función de intérprete supremo de los derechos fundamentales, unificando la doctrina al respecto, por más que el recurso de amparo no sea un instrumento que permita impugnar ante el Tribunal Constitucional cualquier decisión que pueda romper la unidad interpretativa, sino sólo aquéllas que se basen en la violación de derechos.

²⁷ *Ibidem*, págs. 232 y ss.

²⁸ Véase a este respecto F. CAAMAÑO, «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado contra-amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 47, 1996, págs. 125 y ss.

La regla empieza a dejar de serlo: el órgano de casación en materia de derechos fundamentales tampoco es exactamente el Tribunal Constitucional. Si los mecanismos internos de aplicación e interpretación de los derechos fundamentales presentan problemas de coherencia, esos problemas son aún mayores si se atiende al proceso de internacionalización de esos mismos derechos. En efecto, la integración española en sistemas de protección internacional de derechos que cuentan con mecanismos procesales, singularmente la Unión Europea ²⁹ y el Consejo de Europa, hace que la supremacía de los tribunales internos en la materia pueda cuestionarse. Centrándonos en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es claro que su doctrina tiene una clara relevancia interna, y a nadie se le escapa que en España, como en otros países, ha servido y sirve de guía a la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales ³⁰. Pero, al margen de esta asunción más o menos «voluntaria», aunque «inducida» por el artículo 10.2 de la Constitución, la posición procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano que ofrece una protección jurisdiccional subsidiaria respecto de la estatal y que, de una forma u otra, ejerce una revisión de las decisiones nacionales conduce a que tendencialmente el auténtico órgano de casación en la materia sea él, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es verdad que se trata de una posición aún tendencial y que sólo se hará realidad a partir de la revisión de los efectos internos de su decisiones, hasta ahora sólo declarativos, aunque, ciertamente, su eficacia ha venido reforzada por la «voluntarista» doctrina del Tribunal Constitucional sentada al respecto en la STC 245/1991, dictada a raíz de la STEDH *Barberá, Messegue y Jabardo*, de 6 de diciembre de 1988 ³¹.

Hay aspectos constitucionales a los que la regla no llega: el ejemplo del bloque de la constitucionalidad. Volviendo al ordenamiento interno, como se ha visto, y aunque sea con algún límite, el recurso de amparo garantiza la posición casacional y, por tanto, unificadora de doctrina, que en materia de derechos fundamentales ocupa el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el

²⁹ Los problemas que en este campo suscita la integración en la Unión Europea son mucho más específicos, y poseen unas particularidades cuyo análisis excede del objeto de estas páginas; véase al respecto, por ejemplo, y entre la abundantísima bibliografía sobre este tema, L. AGUIAR DE LUQUE, «La garantía de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en VV.AA., *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1998, págs. 301 y ss.; o G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y con A. VALLE GÁLVEZ, «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 2, 1997, págs. 335 y ss.

³⁰ Véase al respecto, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPs, «Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los Derechos Fundamentales», *Anuario de la Universidad de Extremadura* n° 10, 1992, págs. 73 y ss.

³¹ Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, J. L. REQUEJO PAGÉS, «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales. (A propósito de la STC 245/1991; caso Bultó)», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 35, 1992, págs. 179 y ss.

resto de contenidos constitucionales, esa posición de supremacía unificadora no está garantizada procesalmente. Existe un terreno al que, dada su creciente relevancia, conviene referirse: la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas³². En efecto, a pesar de las largas discusiones doctrinales, es un hecho que a la hora de aplicar e interpretar el bloque de la constitucionalidad, existe una clara concurrencia de jurisdicciones entre Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios, singularmente los del orden contencioso-administrativo³³. Es verdad, también, que esa concurrencia tiene un cierto límite impuesto por la regla de la suspensión de los procesos que se sigan ante la jurisdicción ordinaria hasta que se resuelva el conflicto constitucional planteado sobre la misma cuestión ante el Tribunal Constitucional, regla impuesta por el artículo 61.2 de la LOTC. Ahora bien, esta regla, aunque evita resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto, no garantiza la unificación doctrinal ya que nada impide que los tribunales ordinarios interpreten el bloque de la constitucionalidad de manera distinta a como lo hace el Tribunal Constitucional en asuntos distintos. Y, al no existir vías de revisión de las decisiones de los tribunales ordinarios en esta materia por parte del Tribunal Constitucional, no puede garantizarse plenamente ni la unidad interpretativa del bloque de la constitucionalidad ni, por tanto, la posición de aquél como «intérprete supremo de la Constitución».

Donde hay casación hay conflicto. La posición materialmente casacional del Tribunal Constitucional conduce a la existencia de conflictos entre éste y los tribunales ordinarios, singularmente el Tribunal Supremo. Ello es así porque siempre que hay un órgano que ejerce funciones casacionales resulta complicado delimitar su campo de actuación respecto del de los órganos cuyas decisiones se controlan. Es verdad que, además, en el caso del Tribunal Constitucional, esos riesgos de conflictos vienen acentuados por dos causas de distinto tipo: su ubicación formal y material fuera del Poder Judicial, y la propia naturaleza y posición en el ordenamiento de la Constitución, que se proyecta e irradia, como se ha señalado ya reiteradamente, todo el ordenamiento.

Ya se ha indicado, también, que apelar a la distinción entre legalidad y constitucionalidad es, si no inútil, sí insuficiente, o meramente indicativo; la división compartimentalizada del ordenamiento, presente por ejemplo en la pirámide de KELSEN, resulta de un gran valor pedagógico, pero es insuficiente para describir una realidad ordinamental que es mucho más com-

³² En efecto, son cada vez más abundantes las decisiones de los tribunales ordinarios que implican aplicación e interpretación del bloque de la constitucionalidad; una prueba de ello puede verse en la crónica anual que bajo el título «La jurisprudencia del Tribunal Supremo» realiza M. CARRILLO en los *Informes de Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona (anual).

³³ Sobre este tema puede verse P. PÉREZ TREMPES, «Los órganos jurisdiccionales y la protección del sistema de reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 46, 1996, págs. 61 y ss., y bibliografía allí citada.

pleja. Y ello es especialmente así, como también se ha visto, en España dada la sobredimensión de la Constitución que ha acompañado al proceso de desarrollo constitucional. Y es que, siempre que hay un intérprete supremo del ordenamiento o de la norma básica de ese ordenamiento, la clave para evitar la invasión de los espacios de los demás órganos de aplicación del Derecho está en el autocontrol, por muy impreciso que sea este concepto; el autocontrol es un imperativo de cualquier órgano supremo en su orden. Cuestión distinta es que la cultura jurídico-política aporte elementos para inducir y conducir ese autocontrol, mediante conceptos como la seguridad jurídica, la lealtad constitucional, o la ya citada distinción entre legalidad y constitucionalidad, entre otros. Mediante los mismos pueden llegar a fijarse criterios de delimitación del campo de actuación del intérprete supremo que resulten más o menos objetivos.

Donde hay casación hay sobrecarga de trabajo. Antes de acabar, conviene hacer una breve referencia a otro problema que, aunque conectado con el anterior, es conceptualmente distinto. Si la existencia de función casacional implica posibilidad de conflictos con los demás órganos jurisdiccionales, también implica riesgo de sobrecarga de trabajo ya que la falta de barreras materiales precisas dejan un amplio margen al intérprete supremo. Ello conduce a plantearse el problema de ¿hasta dónde puede llegar ese intérprete, esto es, el Tribunal Constitucional? Obsérvese, en todo caso, que esta cuestión, hoy suscitada respecto de la competencia del Tribunal Constitucional, sobre todo en amparo, responde en última instancia, al menos en parte, a las mismas causas lógicas que tradicionalmente hacen preguntarse sobre la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo; es, en parte, el «eterno problema de la casación». No es éste el lugar para extenderse sobre la cuestión de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional, tema, por otro lado, de constante actualidad desde hace ya varios años³⁴. Lo único que sí procede apuntar aquí por su conexión con el tema objeto de análisis es que, la hipotética reducción de la actuación del Tribunal Constitucional como órgano de «casación» en materia de derechos fundamentales, repercutirá en la actuación de los tribunales ordinarios, singularmente del Tribunal Supremo. Pero, además, la forma en que pretendiera reducirse el trabajo del Tribunal Constitucional también es relevante para el Tribunal Supremo. En efecto, tradicionalmente dos tipos de soluciones se ofrecen a la sobrecarga de trabajo de un órgano casacional: limitar en su objeto la casación o dificultarla procesalmente. Esa lógica, llevada al recurso de amparo, conduce a que la primera opción, consistente por ejemplo en sacar del recurso de amparo los derechos del artículo 24 de la Constitución, implicaría que el Tribunal Supremo ocuparía la posición de supremo intérprete de dicho precepto, aunque extraordinariamente lo seguiría siendo el Tribunal Cons-

³⁴ Véase I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ-PICAZ, y G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid 1995.

titucional a través de sentencias dictadas en otros procesos constitucionales, sobre todo cuestiones y recursos de inconstitucionalidad; pero, a su vez, para garantizar una auténtica supremacía del Tribunal Supremo en este campo posiblemente habría que modificar el sistema procesal, por ejemplo, reconfigurando el ya muy vapuleado incidente de nulidad de actuaciones. Por el contrario, una segunda vía de solución se basa en facilitar el trabajo del Tribunal Constitucional potenciando lo que se ha dado en llamar la dimensión objetiva del amparo mediante el establecimiento de nuevos requisitos al amparo, o flexibilizando las facultades de admisión, llegando, por ejemplo, a algo similar al *writ of certiorari*³⁵. Soluciones de esta naturaleza implicarían la «muerte» de los muchos asuntos ante la jurisdicción ordinaria, y exigirían analizar el sistema procesal para reforzar aquellos aspectos del mismo que pudieran verse debilitados por esa «objetivización» del recurso de amparo, que, necesariamente, traería consigo una reducción de su función, aunque subsidiaria, de protección y garantía de situaciones subjetivas.

³⁵ Véase al respecto P. PÉREZ TREMPES, «La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal», *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 39, 1994, págs. 89 y ss.

